

POR UMA EPISTEMOLOGIA DA PESQUISA COMPARATIVA DO DANO MORAL *

MARIA FRANCISCA CARNEIRO

*Doutora em Direito, mestre em Educação,
advogada e bacharel em Filosofia; Professora do
Curso de Mestrado em Direito da Universidade
Federal do Paraná*

*Ao ilustre Magistrado e Professor Doutor Clayton Reis, agradeci-
mentos pelas pertinentes observações a este estudo e pela valiosa
oportunidade de interlocução acerca da matéria.*

1. RAZÕES DA EPISTEMOLOGIA COMPARATIVA SOBRE O DANO MORAL

Ao refletirmos sobre a natureza do dano moral deparamos com algumas peculiaridades, que constituem, por certo, características fundamentais dessa categoria de danos: extrapatrimonialidade, interdisciplinaridade e, paradoxalmente, a qualidade de ser antigo e novo ao mesmo tempo, na História do Direito.

* Comunicação apresentada no seminário sobre “A Liquidação do Dano Moral”, promovido pela Escola Superior da Magistratura do Ceará – ESMEC, sob a Coordenação do Professor Doutor Francisco de Assis Filgueira Mendes, na cidade de Fortaleza, em 18 de setembro de 1999.

Explica-se: se considerarmos que os primeiros avanços na reparação do dano moral no Direito Continental ocorreram na França, em 1958; e que, no Brasil, a sua admissão se dá com a promulgação da Constituição de 1988, temos que o dano moral indenizável é um fato recente na realidade jurídica mundial.

Se, por outro lado, entendermos que a moral é o fundamento primeiro do Direito, sua base, fonte e origem maior; e que as obrigações podem ser consideradas, conforme leciona o mestre Orlando GOMES¹, “a armadura e o substrato do Direito”, concluiremos que o dano moral é uma antiqüíssima matéria-prima subjacente do Direito, que só recentemente aflorou como objetiva.

Por tais razões, cabe indagar se a epistemologia do dano moral deve ser a tradicionalmente empregada no estudo dos institutos jurídicos² ou se, diferentemente, devemos buscar metodologias complementares a esta análise.

Neste contexto, destaca-se a proposta de Marc ANCEL³, segundo a qual: *i)* não há método único para o estudo do Direito; *ii)* há problemas epistemológicos na ciência jurídica; *iii)* a pesquisa comparada, no Direito, faz o papel das ciências experimentais na natureza, orientando a inteligência ao mesmo tempo, em duas direções, que são a **descrição** e a **análise** entre os dados, promovendo, assim, relações diferenciadas.

Vejamos então, neste breve estudo, que conclusões podemos obter acerca do dano moral, se cotejarmos alguns aspectos da evolução histórica da matéria, havida em diferentes espaços geográficos.

-
1. GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações** (cap. I, Sentido das Transformações), 2a ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 2.
 2. Veja-se para ilustrar:
MÜLLER, Friedrich. **Discours de la méthode juridique**. Paris: Leviathan/PUF, 1996.
LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito** (trad. José Lamego). 2a ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
_____. **Storia del metodo nella scienza giuridica**. Milano: Giuffré, 1966.
BOBBIO, Norberto. **Studi sulla teoria generale dei diritto**. Torino: Giappichelli, 1955.
_____. **Teoria do ordenamento jurídico** (apres. Tércio Sampaio de Ferraz Junior; trad. M. Celeste C. L. Santos). 6a ed., Brasília: Ed. UNB, 1995.
CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
HART, H.L.A. **O conceito de direito** (trad. A. Ribeiro Mendes). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1990.
 3. ANCEL, Marc. **Utilidade e métodos do direito comparado** (trad. de Sérgio José Porto), Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1980.

2. ASPECTO DO DANO MORAL EM FRANÇA

Quando não se trata da substituição ou da reparação de uma coisa, nada é mais difícil que a avaliação de um prejuízo em vista de compensá-lo por uma indenização em dinheiro. A dificuldade confina a impossibilidade quando se trata de apreciar o prejuízo sofrido. Pode-se, com efeito, proceder a uma avaliação necessariamente arbitrária.

Para esta avaliação, vários métodos foram propostos: o cálculo matemático, a avaliação *in concreto* e, por fim, o cálculo “no ponto” (*point moyent*).

a) Cálculo matemático

O cálculo matemático é fundamentado na hipótese de que o prejuízo produzido pela incapacidade permanente da qual fica sofrendo a vítima de um acidente, é igual ao montante de seus ganhos profissionais anuais livres, multiplicados pela porcentagem da invalidez e o valor do *franco* de renda apreciado, segundo a idade da dita vítima, a partir de uma tabela da Caixa Nacional das Aposentadorias. Mas, observa LE ROY⁴, a experiência demonstrou que a hipótese sobre a qual repousa o cálculo matemático é inteiramente arbitrária. É assim, por exemplo, que a amputação de certos dedos da mão esquerda, que pode, em numerosas profissões não ter nenhuma influência apreciável sobre as atividades profissionais, pode, porém, em outras, ter conseqüências consideráveis sobre essas atividades (violinistas e relojoeiros, por exemplo). Igualmente, as conseqüências da surdez são extremamente diferentes segundo as profissões, e assim sucessivamente.

b) Avaliação *in concreto*

Pelas razões expostas, é preferível substituir o cálculo matemático por uma avaliação *in concreto*, que considera as circunstâncias particulares da causa. Essa avaliação pode ser facilitada pela nomeação de um “expert” para avaliar os recursos da vítima antes e após o evento danoso⁵.

Esta avaliação *in concreto*, que era a que enxergava mais de perto a realidade, não é desprovida de inconveniente. É preciso reconhecer que a avaliação *in concreto* que é a única justa em seu princípio; pode conduzir, na prática, ao arbítrio, por falta de elementos de comparação. Do mesmo modo, o cálculo matemático, que é falso em seu princípio, pode conduzir a erro, por dedução.

4. LE ROY, Max. **L'Évaluation du préjudice corporel**. Paris: Libraires Techniques, 1956.

5. Eram nomeados peritos contábeis, a fim de avaliar os rendimentos anuais da vítima, antes e após o acidente que causara a invalidez permanente.(N.A.)

c) Cálculo no Ponto

Para evitar que a avaliação *in concreto* conclua suas soluções por muito diferentes de uma jurisdição a outra, e para facilitar a uniformização da jurisprudência, é necessário estabelecer-se uma unidade de referência. Esta unidade será o ponto da incapacidade, quer dizer, a soma obtida dividindo-se a soma concedida na reparação do prejuízo resultante da incapacidade permanente, pela taxa dessa incapacidade. Este modo de cálculo é às vezes indireto e subsidiário. É indireto, porque permite calcular as indenizações prontamente a partir dos documentos cifrados da causa, mas, por via de referência de outros casos similares. É subsidiário, porque pode normalmente ser empregado na carência de elementos mais precisos.

2.1. “Pretium doloris”

A questão se coloca em saber se a vítima pode pedir a reparação do prejuízo; em outros termos: se pode ela reclamar um *pretium doloris*, ou prêmio ou preço de sua dor.

Adverte-nos LE ROY que as jurisdições judiciárias e administrativas tinham, sobre esse ponto, jurisprudências diferentes.

Para os tribunais administrativos, o sofrimento só é de natureza a dar direito à reparação, se “apresentar um caráter de gravidade excepcional”.

As jurisdições judiciárias não fazem, por outro lado, nenhuma distinção e concordam com um *pretium doloris* mesmo quando os sofrimentos forem leves.

Mas, indagar-se-ia, como avaliar a importância da dor?...

2.2. “Quantum doloris” (ou avaliação da gravidade da dor)

A dor, sintoma essencial funcional, não conhece procedimentos de medida e sua avaliação só pode ser baseada sobre os dizeres e as manifestações clínicas. Para estabelecê-la, diz LE ROY, dois elementos principais devem ser tomados em consideração:

- 1º) a intensidade da dor;
- 2º) a sua duração.

Mas outros fatores podem eventualmente modificar as cotações:

- 3º) idade;
- 4º) ocupação;
- 5º) o terreno psíquico.

Michel THIERRY⁶, chefe da Faculdade de Medicina de Paris, por volta de 1957, estimava que, seguindo sua intensidade decrescente, pode-se classificar as dores nos seguintes grupos:

Grupo IV - dor muito importante: suprime toda atividade social normal;

Grupo III - dor importante: dor inicial intensa, mas de curta duração (menos de 48 horas);

Grupo II - dor média ou moderada: que pela intensidade ou duração, participa da incapacidade e justifica o uso de analgésicos;

Grupo I - dor pouco importante: é um sintoma secundário, sem a necessidade de tratamento;

Grupo 0 - dor praticamente inexistente.

2.3 Fixação do “*pretium doloris*” (ou avaliação quantitativa).

Para LE ROY, a apreciação do *pretium doloris* pertence aos juizes, enquanto que a avaliação da importância da dor é de domínio dos especialistas.

Para a fixação do *pretium doloris*, não existe nenhuma tabela e deve-se mesmo considerar que, se existisse uma, os juizes não poderiam se referir a ela expressamente, entende LE ROY.

A avaliação dos juizes não deve, por isso, ser arbitrária e pode lhes ser útil conhecer, sobre este ponto, a jurisprudência estrangeira.

Como, em matéria de incapacidade permanente, infelizmente é difícil conhecer, a cada vez, as somas atribuídas aos lesados a título de *pretium doloris*, os tribunais atribuíam, na maioria das vezes, indenizações globais, com “todas as causas de prejuízo confundidas”.

3. ASPECTO DO DANO MORAL NA SUÍÇA

Uma interessante distinção elaborada pelo direito moral suíço é a que existe entre *dommage* e *tort* moral. Vamos apreciá-la, nesta seção, de acordo com Pierre TERCIER⁷.

6. Apud LE ROY, *op. cit.*, p. 44.

7. TERCIER, Pierre. **Contribution a l'étude du tort moral et de sa réparation en droit civil suisse (le damage et le tort moral)**. Friburgo: Éditions Universitaires Fribourg Suisse, 1971.

Antes de vir a uma clara distinção entre as noções de *dommage* e *tort* moral, convém lembrar que é comum incorrer-se em certa confusão. Eis por que é útil lembrar quais eram os princípios aplicados nesta área pelo antigo Código das Obrigações suíço, a fim de melhor esclarecer os que regem o novo código.

a) O antigo código das obrigações

O antigo código suíço das obrigações não fazia claramente a distinção entre a ação por perdas e danos e a ação de reparação do prejuízo moral; parece mais que tenha parcialmente atribuído à segunda ação a função de completar a primeira, pensando poder atenuar, pelos recursos da equidade, o rigor dos princípios que regem o cálculo do dano e sua reparação. É assim que, o art. 54 do antigo código permitia ao juiz conceder indenização à vítima de lesões corporais e aos parentes de uma pessoa morta acidentalmente. No art. 54 permitia, dentre outros casos em que fosse gravemente atingida a situação pessoal, conceder uma indenização equitativa, “mesmo que nenhum dano material fosse estabelecido”.

A redação entre essas duas disposições devia fatalmente levar a uma certa confusão entre as noções de *dommage* e de *tort* moral.

Em relação a esta concepção, é que, pouco a pouco, desenvolveu-se a distinção entre *dommage* e *tort* moral, tal como a conhecemos hoje. Parece, em particular, que os redatores do novo código das obrigações tenham largamente se dado conta das críticas e das proposições expressas sobre o tema.

b) O novo código das obrigações

A nova redação do código das obrigações suprimiu, em parte, os equívocos que continham os art. 54 e 55 do antigo código. A faculdade concedida ao juiz de “determinar equitativamente” o dano não estabelecido está, a partir de agora, reservada pelo art. 42, II, sob a rubrica “fixação do dano”: o montante que pode o juiz fixar “em consideração ao curso ordinário das coisas”, concerne ao dano propriamente dito. Disso, resulta que as perdas e danos são atualmente destinados a indenizar a vítima não somente pelo dano do qual a existência e a extensão foram provadas à satisfação de direito, mas igualmente por aquele que não pode ser suficientemente estabelecido ou avaliado. Esta seria a conceituação de *tort* moral, que pode, desde então, ser definido em si mesmo e, em certa medida, pela oposição a *dommage*.

Essa distinção que convém fazer-se entre *dommage* e *tort* moral, resulta mesmo do texto da lei. Sem querer adentrar-nos em detalhes, podemos observar que o legislador consagrou, na maioria das vezes, a cada uma das formas de prejuízos

descritos nos artigos, no mínimo alíneas diferentes. O único fato que tenha estimado dever criar duas ações distintas, basta para demonstrar que entendia fazer uma diferença entre *dommage* e *tort* moral.

c) Critérios de distinção

Compondo as características principais do *dommage* com as do *tort* moral, TERCIER⁸ faz por ressaltar as diferenças que existem entre ambos os tipos.

Dommage é o prejuízo moral que resulta de uma agressão aos bens patrimoniais da vítima. Ora, a noção de patrimônio definida por TERCIER é a de valores que podem ser expressos por números, mais precisamente, por um múltiplo da unidade monetária. Essa constatação permite extrair duas conseqüências:

1ª) Teoricamente, será sempre possível avaliar, de uma maneira precisa, a extensão do dano, mesmo que praticamente a ignorância de certos elementos nos impeça, às vezes, de fazê-lo;

2ª) Teoricamente, será sempre possível reparar o dano de uma maneira adequada, já que é possível fornecer a soma de dinheiro necessária para preencher a diminuição do patrimônio.

Tort moral, por seu turno, é o prejuízo que resulta de uma agressão à pessoa da vítima. Ora, os bens pessoais se caracterizam, em particular, pela ausência de todo o conteúdo patrimonial, o que nos permite haurir duas conseqüências:

1ª) É absolutamente impossível apreciar, de maneira precisa, a extensão do *tort* moral, por cifras;

2ª) O pagamento de uma soma em dinheiro não pode, à primeira vista, ser considerado como o meio idôneo para superar a diminuição de um bem precisamente desprovida de todo o valor pecuniário.

Aproximando essas diferentes características, o autor estabelece três critérios de distinção: O primeiro concerne ao bem jurídico atingido; o segundo aos meios de avaliação e o terceiro, às possibilidades de reparação. Estes três critérios são na realidade complementares, visto que os dois últimos são somente uma expressão do primeiro.

Assim, desde o instante em que a agressão tenha uma incidência direta ou indireta sobre o patrimônio da vítima, encontramos-nos na presença de *dommage*. Se

8. *Idem, Ibidem.*

essa agressão repercute, ao contrário, exclusivamente sobre a personalidade da vítima, encontramos-nos na presença de um *tort* moral.

Quanto aos **meios de avaliação**, se é possível estimar, de maneira precisa, a importância do prejuízo sofrido, expresso por cifras, encontramos-nos na presença de um *dommage*. Se tal estimativa é, ao contrário, absolutamente impossível, encontramos-nos na presença de um *tort* moral.

Quanto às **possibilidades de reparação**, se o pagamento de uma soma em dinheiro pode ser considerado como o meio apropriado para a reparação do prejuízo sofrido pela vítima, encontramos-nos na presença de um *dommage*; um aumento do patrimônio é, de fato, próprio para suprimir os efeitos de uma igual diminuição do mesmo patrimônio. Se não existe, ao contrário, meio algum adequado para reparar esse prejuízo e se o pagamento de uma soma em dinheiro só aparece como um *pis-aller* (solução adotada na falta de uma melhor), encontramos-nos na presença de um *tort* moral.

4. ASPECTO DO DANO MORAL NA ITÁLIA

O tratamento do dano moral pelo direito italiano, no contexto da responsabilidade civil, atende aos pressupostos que concernem à perseguição à objetividade, paupabilidade e mensuração dos dados.

A evolução histórica do dano moral no direito italiano, já em 1892, com VITALI⁹, dirigia todas as atenções do processo em direção à liquidação específica do dano. Essa inteligência amplia-se e complexiza-se, conforme se pode ver em GENTILE¹⁰ e depois em BONVICINI¹¹, mas não é derogada e permanece até nossos dias, no que tange ao dano moral, como se pode observar das obras de, por exemplo, ROVELLI¹² e POGLIANI¹³.

9. VITALI, Vittore. **Del danno** (della region civile al resarcimento-dei criterii e modi per la liquidazione), 2. ed., Piacenza: Editrice Giacomo Favari, 1892.

10. GENTILE, Guido. **Problemi insoluti della valutazione del danno alla persona**. Milão: Estratto-Giuffrè, 1952 e **Tabelle di capitalizzazione per la liquidazione del danno alla persona**. Milão: Giuffrè, 1950.

11. BONVICINI, Eugenio. **Il danno a persona** (il danno risarcibile e il suo accertamento - prevácio de Guido GENTILE), Milão: Giuffrè, 1958.

12. ROVELLI, Roberto. **Risarcimento del danno alla persona**. Torino: [s.l.], 1963.

13. POGLIANI, Mario *et al.* **Il danno biologico, patrimoniale, morale**, 2. ed., Milão: Giuffrè, 1995.

Queremos destacar, todavia, neste estudo, a questão do **dano à vida de relação**.

O **dano à vida de relação** (*danno in rapporto alla vitta di relazione*) consiste em recente contribuição do direito italiano à responsabilidade civil, no campo dos danos pessoais. Este tema tem suscitado controvérsia na jurisprudência estrangeira e seu desenvolvimento teórico vem efetivamente acrescer os estudos sobre o dano à pessoa e seu ressarcimento.

É neste panorama que surge o **dano à vida de relação**, espécie a ser tratada, para a maioria dos juristas estrangeiros, no âmbito trabalhista. Essa sorte de dano não implica, de modo algum, a perda da capacidade laborativa do indivíduo, no sentido estrito da relação empregatícia ou da atividade que vincula capital e trabalho; mas consiste, isto sim, na redução em maior ou menor grau da capacidade humana de conviver e desenvolver atividades nos diversos segmentos que compõem a vida social.

Assim sendo, MONTENEGRO¹⁴ nos diz, *ipsis litteris*, que, para demarcar o seu campo de ação, partiu-se do pressuposto de que a vida de relação possui dois sentidos: a) a do tipo primitivo baseada sobre as relações do homem no atendimento de suas necessidades fundamentais: habitação, defesa própria e da família; b) a do tipo associativo, concernente às complexas relações do homem em suas atividades na sociedade moderna.

O tema **dano à vida de relação** faz referência a duas indagações básicas, a saber: a que nos faz pensar sobre o conceito de trabalho, *lato e stricto sensu*; e, como decorrência, o problema do que vem a ser necessariamente uma atividade remunerada.

5. ASPECTO DO DANO MORAL NO CHILE

Como em todo o mundo, a tendência progressiva do direito moral chileno é uma extensão e um aprofundamento da tutela jurídica à pessoa. No caso dos danos extrapatrimoniais, os estudos desenvolveram-se com maior pujança em torno do **contratualismo**, servindo este como ponto de partida para as demais formulações.

14. MONTENEGRO, Antonio Lindberg C. **Ressarcimento de danos pessoais e materiais**, 4. ed., Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 1992, p. 117-18.

É interessante observar, também, como a doutrina chilena busca, em sua linguagem, uma espécie de **concretude**, uma precisão exegética do que seja patrimonial, no sentido material, ou não. Por exemplo, no caso dos **lucros cessantes** e do **dano emergente** em sua possível cumulação com o **dano moral**¹⁵, que até recentemente não eram distinguidos pelo legislador:

“Nuestra legislación positiva no distingue entre los daños morales y daños patrimoniales (...). Se refiere únicamente al daño ‘inferido’ y a ‘la obligación de indemnizarlos. Esto, en el Art. 2314, que por su contenido amplio tiene cabida perfecta en las dos formas de responsabilidad, la extracontractual y la contractual. En el Art. 2329, del mismo título, armoniza con el recién citado. Por otra parte en lugar alguno ha dicho la ley que la indemnización del perjuicio patrimonial libera la satisfacción de los perjuicios morales. Tampoco puede pensarse que, en materia contractual, la división de los daños reparables en ‘daño emergente’ y ‘lucro cesante’ puede excluir la posibilidad de reparación amplia, pues esta división atiende a un ángulo de actualidad o futureidad del perjuicio en cuanto a su ocurrencia.”

Naturalmente, acompanhando a evolução que se dava em seus países coirmãos, a legislação chilena providenciou atualizações no âmbito da responsabilidade civil, que foram fomentadas primeiramente, no âmbito jurisprudencial, conforme anteviu Leslie Tomasello HART¹⁶, referindo-se aos danos morais contratuais:

“Al igual que en la doctrina nacional, se denota una evolución progresiva hacia la aceptación de la indemnización del daño moral en la responsabilidad contractual. En un primer período se rechaza esta indemnización, luego se acepta respecto del daño moral con consecuencias pecuniarias y, finalmente, del daño moral sin referirse a las consecuencias patrimoniales que el puede tener. Pero no se piense que nos encontramos ante un ciclo ya terminado; pero al contrario, el

15. FUEYO, Fernando Laneri. **Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones**, Tomo II, (El incumplimiento de las obligaciones) n° 266, Santiago do Chile: Universitária, 1958, p. 118-9.

16. HART, Leslie Tomasello. **El daño moral en la responsabilidad contractual**. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1969, p. 311.

criterio jurisprudencial se halla en una plena evolución, que, por lo dicho, parece orientarse, como ha ocurrido en otros países hacia una aceptación franca y amplia de la indemnización del daño moral contractual.”

Como se vê, a evolução da reparação do dano moral, no Chile, deu-se mais lentamente que em outros países da América do Sul, até porque, naquele país, a lei civil, conforme examinamos, continha particularidades que, de certo modo, dificultavam o avanço dos temas da responsabilidade.

6. ASPECTO DO DANO MORAL EM PORTUGAL

O direito português, nas considerações tecidas ao seu art. 496 do Código Civil, que trata do dano moral, apresenta algumas interpretações diferenciadas, interessantes para análise.

A primeira delas é a relação entre o dano moral e o patrimônio material, em que aquele é considerado insuscetível de avaliação pecuniária, conforme ilustra TELLES¹⁷:

“(São os danos morais) prejuízos que não atingem em si o patrimônio, não o fazendo diminuir, nem frustrando o seu acréscimo. O patrimônio não é afectado: nem passa a valer menos, nem deixa de valer mais.”

Por analogia, essa conceituação do direito português corresponde ao que, no direito brasileiro, convencionou-se chamar “dano moral puro”, no sentido de estar alijado de implicações na ordem material do patrimônio.

O direito português admite o dano moral às pessoas jurídicas desde que, em determinadas configurações, como aponta SERRA¹⁸, no caso de serem atingidas na sua reputação.

A posição do direito português é a que adota o caráter compensatório - e não punitivo - da indenização do dano moral, a exemplo do que fazem os projetos francês, italiano e brasileiro, do código de obrigações, observando que, por muito tempo, esses projetos só aceitavam a responsabilidade civil moral, conexa com a responsabilidade criminal.

17. TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das obrigações**, 2. ed., [s.l.], p. 366.

18. SERRA, Adriano Vaz. **Reparação do dano não patrimonial**, in BMJ nº 83, Lisboa, fevereiro de 1959, p. 69 e segs.

Prevalece, também no direito português, a tese favorável à reparabilidade do dano moral. Neste sentido LUCENA¹⁹:

“Imoral seria, isso sim, considerar somente os interesses materiais como merecedores de tutela jurídica e deixar indemnizar toda lesão de interesses espirituais.”

O aspecto do direito moral português que, ao nosso ver, mais causa espécie pela forma peculiar com que se apresenta, é que, diferentemente da grande predominância ocidental, entende o direito lusitano que **a fixação do montante da indenização do dano moral não se deve dar pelo arbitramento (que é uma falácia arbitrária); mas sim pela equidade (que é da natureza da justiça).**

Ora; isso é deveras singular! Vejamos como a idéia é exposta por LUCENA²⁰:

“É falsa a afirmação de se ter necessariamente que recorrer ao arbítrio para fixar o ‘quantum’ da compensação a atribuir, bastando para tal, o recurso a juízos de equidade, que tenham em conta todas as circunstâncias do caso concreto e não esqueçam que o principal fim visado pela ‘compensação’ é o de proporcionar ao lesado meios para ‘distrair sua dor’”.

Desse modo, entende o autor que o problema não é insolúvel, afirmando que **o importante é não abstrair a questão do dano extrapatrimonial para além da esfera obrigacional; mas sim alargá-la dentro desse mesmo âmbito jurídico.** Aí reside a diferença fundamental do direito lusitano.

A lei civil portuguesa fixa o elenco de pessoas que considera terem legitimidade para pedir a indenização dos danos morais, para efeitos sucessórios. O cálculo do montante é casuístico e baseia-se em elementos atenuantes ou agravantes, culpa ou dolo.

Vale dizer: a base doutrinária subjacente é a clássica teoria da vontade, razão por que os casos objetivos de dano por risco, em que a culpa está ausente, tomam por base e princípio de equidade.

O que se depreende do direito moral português, muito mais como conjectura do que como conclusão, é que, muito embora entranhado no continente europeu, a voz portuguesa difere, em alguns traços, das “tabelas” e dos números do direito francês e

19. LUCENA, Delfim Maya de. **Danos não patrimoniais**. Coimbra: Almedina, 1985, p. 17.

20. *Idem, Ibidem*, p. 8.

do italiano. Também escapa do binômio quantidade/qualidade, tão desenvolvido pelos juristas argentinos, muito embora todos estejamos impregnados pela mesma concepção de ciência.

7. ASPECTO DO DANO MORAL NA ARGENTINA

A Argentina, também herdeira das tradições do tronco do direito continental, desenvolve peculiaridades no refinamento de sua doutrina jurídica, que têm, de certo modo, balizado grande parte do direito latino-americano, bem como captado a atenção de outros interesses no mundo.

A Argentina, que se caracteriza culturalmente pela influência européia – marcadamente pelos colonizadores espanhóis e franceses – destaca-se intelectualmente não só pela assimilação desses caracteres, ao mesmo tempo que mantém o calor do temperamento latino, notadamente humanista.

Daí ter despontado, nos meios portenhos, uma nova subdivisão do direito, por eles denominada “derecho de daños” que consiste, em decorrência do avanço da responsabilidade civil, em apurada tutela dos direitos da pessoa, respaldada em sólidas construções doutrinárias e jurisprudenciais.

Pode-se considerar, em nossos dias, o Professor Alberto J. BUERES, como o maior nome em “derecho de daños”, ao caracterizar-lhe o espírito, falando-nos da rápida e eficaz evolução da reparação civil no mundo, acentuadamente na última década. As tradicionais teorias da vontade e da culpa, bem como o subsunção do nexos causal foram novamente trazidos à lupa deste final de século, e considerados em relação às teorias do risco e da seguridade e da solidariedade social, em nome do senso de justiça, conforme nos leciona BUERES²¹:

“No es admisible una dualidad de fundamento en la responsabilidad civil: ora culpa (pena); ora riesgo u otro factor objetivo (excepcional intervención de la justicia o de la equidad - justicia con alma, como decía Teisserie -). La culpa al no ser moral sino jurídica (o sea social) es un criterio legal de imputación más, como cualquier otro, que sirve para referir el daño al autor - o responsable - por ser ello justo.”

21. BUERES, Alberto J. **Responsabilidad civil del escribano**. Buenos Aires: Hammurabi, 1979, p. 82.

Nesse contexto, encontram-se os fundamentos dos danos morais, cujas principais bases foram constituídas a partir do pensamento de BREBBIA²², hoje considerado um dos juristas clássicos do direito moral.

Fiel às tradições revolucionárias do espírito cordobês, adverte-nos BREBBIA²³ que

“constituye uno de los imperativos de la hora presente el tratar de salvaguardar los últimos reductos de libertad humana amenazados por el formidable y progresivo avance de los poderes estaduales y por la creciente complejidad de las condiciones de existencia. (...) Tomando como base la destrucción del ser humano em su carácter de persona, o sea, de individualidad animada de voluntad y de conciencia, capaz de decidir por sí sola su destino, no puede organizarse ninguna sociedad humana sobre bases estables.”

Ao elaborar extensa classificação das inúmeras possibilidades em que se verificam as lesões morais, bem como de ampla pesquisa comparada e jurisprudencial pátria (anterior à reforma do Código Civil argentino, naturalmente), interessam-nos para este estudo, sobremaneira, as considerações de BREBBIA sobre a reparação e as dificuldades do tema, que soam como a voz mais característica a falar do direito moral, daqui da América do Sul, bem como de outros países de idioma castelhano.

Em primeiro lugar, toma-se como pressuposto, extraído da “Teoría Jurídica del Daño”, formulada por BREBBIA²⁴, a distinção **reparação natural** e **reparação por equivalência**²⁵. No primeiro caso, quando é possível retroagir o bem lesado exatamente ao estado anterior ao agravo, a reparação toma o nome de **natural**; caso contrário, tem-se a **reparação por equivalência**²⁶. Nesta última hipótese, sendo o direito positivado insuficiente para determinar por completo os efeitos perniciosos do ato ilícito, trata-se unicamente de atenuar, tanto quanto possível, as conseqüências do agravo.

22. BREBBIA, Roberto H. **El daño moral**, 2. ed., Cordoba: Orbir, 1967.

23. *Idem, ibidem*, “a manera de prologo”, p. 9.

24. *Idem, ibidem*, p. 221 e segs.

25. A distinção entre ambos os conceitos corresponderia, em nosso direito, à formulação trazida por **Pontes de Miranda**, ao tratar da **repristinação** (N.A.)

26. Majoritariamente adotada, pela doutrina e jurisprudência brasileiras, é por nós chamada de “forma sucedânea de valor”, já que não restitui o bem lesado, mas providencia sua compensação, propiciando outras formas de bem-estar. (N.A.)

A **reparação por equivalência**, conforme BREBBIA²⁷, admite variantes em espécie ou *in natura*, especialmente em se tratando de danos puramente imateriais. No entanto, é bem de se ver que, muito embora exista doutrinariamente a possibilidade da reparação *in natura*, de fato existe a preponderância da reparação em dinheiro. Sobre isto o próprio BREBBIA é quem nos adverte, ao citar o preceituado no artigo 1083 do então Código Civil, *ipsis litteris*:

“Toda reparación del daño, sea material o moral, causado por un delito, debe resolverse en una indemnización pecuniária que fijara el juez, salvo el caso en que hubiere lugar a la restitución del objeto que hubiese hecho la materia del delito”.

O normal e corrente é, pois, a reparação do agravo mediante a fixação de uma indenização em favor da vítima; e a exceção é a reparação natural.

Ao explicitar a dificuldade da quantificação do descabo moral, para BREBBIA²⁸, a fixação do montante da indenização deve levar em conta dois aspectos distintos, a saber:

O primeiro, trata da **gravidade objetiva do dano**, o que significa avaliar a extensão e a profundidade da lesão, em seus aspectos concretos: tempo para a cura ou recuperação, intencionalidade do agente, meios empregados, seqüelas deixadas, implicações de ordem material etc.

O segundo aspecto é o que leva em consideração a **personalidade da vítima**, que se apresenta como extremamente relevante, já que os danos morais nascem da lesão sofrida ao composto psíquico-espiritual da vítima.

Sob a rubrica **personalidade da vítima**, há que se considerar as seguintes circunstâncias:

a) **a situação familiar e social da vítima**: as ligações familiares da vítima do dano, em maior ou menor grau, com os membros de um grupo biológico bem como a posição e a função exercidas nesse grupo devem ser consideradas na avaliação da responsabilidade. *A fortiori*, o conceito ou reputação social da vítima é fator de importância, especialmente nos casos de ataque à honra e à honestidade;

b) **a receptividade particular da vítima**: diz respeito a uma condição fisiológica específica do indivíduo, ou mesmo à estruturação psicológica da personalidade, que faz com que o sujeito seja mais ou menos vulnerável, mais ou menos susceptível, mais ou menos resistente a esta ou àquel’outra forma de dor;

27. *Idem, ibidem*, p. 222.

28. *Idem, ibidem*, p. 233 e segs.

c) **a gravidade da falta cometida**²⁹: deve repercutir sobre o montante da reparação unicamente na medida em que a mesma haja incidido sobre a gravidade e a extensão do dano. A gravidade da falta pode, ao mesmo tempo, determinar a dimensão e constituir a pauta para a estimativa do prejuízo;

d) **a personalidade do autor do ato ilícito**: assim como ocorre no direito penal, os antecedentes e um suposto grau de “periculosidade” do agente, bem como as características de sua índole, podem ter uma repercussão significativa na efetivação da monta da indenização devida à vítima do dano moral.

Ainda com BREBBIA³⁰, destacamos alguns princípios genéricos do direito a serem considerados na apreciação dos casos.

O primeiro deles é o de que, na fixação das quantias indenizatórias, evite-se a locupletação ilícita ou o enriquecimento sem causa. Na aquilatação do prejuízo sofrido pela vítima deve-se observar, como parâmetro, as posses do ofensor³¹.

Como decorrência do princípio geral da reparação, que se expressa pela idéia de que, uma vez constatado o dano, há que repará-lo, tem-se a chamada **reparação simbólica**, que ocorre quando a condenação impõe ao ofensor a paga de uma ínfima soma em dinheiro. Por analogia, a reparação simbólica do dano moral, em direito civil, estaria para o cumprimento da pena em liberdade, no direito criminal. René DEMOGUE³², já na década de 20, assinalava que essas espécies de reparação são mais aparentes do que reais.

Se, por um lado, vimos como o direito argentino espraia preocupações quantitativas, qualitativas e relacionais na avaliação dos direitos morais, desde as bases lançadas por BREBBIA³³ até as formulações contemporâneas de juristas como BUERES³⁴, quando nos fala da busca de uma “justiça com alma”, na tutela dos direitos da pessoa; temos, por outro lado, algumas vozes que preconizam a redução dos danos morais às formas quantitativas, calcadas no entendimento de que esta é a melhor maneira de objetivação dos danos.

29. Para o nosso entender, esse subitem faz o cruzamento do “código subjetivo” (personalidade da vítima) com o “código objetivo” da fala de BREBBIA (gravidade objetiva do dano) por coincidirem enormemente os seus termos (N.A.)

30. *Idem, ibidem*, p. 236 e segs.

31. Essa medida, consagrada em vários ordenamentos jurídicos, contém, ao nosso ver, elementos de **lógica relacional**, já que consistem na ampliação dos ângulos de concepção do dano moral, no caso, através do estabelecimento de relações entre os sujeitos do evento (N.A.)

32. DEMOGUE, René. **Traité des obligations en général**, Paris, [s.l.], 1994, *apud* BREBBIA, *op cit.*

33. BREBBIA, *op cit.*

34. BUERES, Alberto J. **Responsabilidad civil de los medicos**, Tomos I e II., Buenos Aires: Hammurabi, 1995.

Destaca-se, também, Gabriel Alejandro RUBIO³⁵:

“(...) la teoría del resarcimiento intenta una reparación integral del daño moral, observando al momento de la liquidación, la gravedad del menoscabo causado y las circunstancias del caso, desde la óptica de la víctima del daño. Esta posición dominante actualmente apoyada en el culto de la libre discrecionalidad judicial, se traduce en cifras carentes de uniformidad y en falta de parámetros de estimación de la cuantía del daño moral. La realidad nos muestra cotidianamente que la fijación del monto del daño moral es una tarea, generalmente, incomprensible para el cliente y sumamente difícil para el abogado y el juez. (...) Se suman a estas dificultades, la impredecibilidad e incoherencia de sentencias que resuelve casos cuasi-idénticos, que amparadas en la armadura de la facultad discrecional linderos peligrosamente con la arbitrariedad, fijan montos ostensiblemente desiguales, según el tribunal o la jurisdicción que se interponga la demanda (...). Em conclusión podemos afirmar que la gran asignatura pendiente en materia de daño moral es la cuantía o quantum. Elo se traduce en un actual desafío, (...) porque el derecho de daños pide a gritos critérios justos para la quantificación del daño moral en el ámbito del daño a las personas.”

Os autores partidários da acepção quantitativa do ressarcimento do dano moral adotam, precipuamente, tarifas indenizatórias fixas, as chamadas “tabelas”. Lembra-nos RUBIO³⁶, todavia, da existência de posições mais moderadas nessa façção, onde não se adotam quantias fixas, e sim padrões, nos quais há variações que permitem cálculos de médias possíveis³⁷.

Conclui RUBIO³⁸ que a justa medida para a quantificação do dano moral reside na combinação adequada do **fator flexível** (fundados no princípio da equidade,

35. RUBIO, Gabriel Alejandro. **Una asignatura pendiente: la cuantía del daño moral** in X Congresso Nacional de Jovenes Abogados, pela Comision Nacional de Jovenes Abogados. Mar del Plata, 20 e 21 de outubro de 1995.

36. *Idem, ibidem*.

37. Por analogia, veja-se o “cálculo no ponto”, *infra*, p. 136 de Max Le Roy, no direito francês (N.A.)

38. *Idem in* Revista **Jus Privatistas**, **Algunas consideraciones sobre la cuantía del daño moral**, [s.d.], p. 17-8.

que prioriza o valor “justiça” e que reside no arbítrio judicial). Com o **fator uniforme** (que consiste na confecção, por meios eletrônicos, de tábuas estatísticas que apurem o montante das liquidações por todos os tribunais, que, ao conter parâmetros indicativos, podem uniformizar e facilitar a tarefa dos juizes e advogados.

Uma interessante polêmica foi levantada por Ramon Daniel PIZARRO³⁹ quando, ao tratar dos principais critérios de valoração do dano moral, questiona conceitos tidos como assentes doutrinariamente. Assim, discorda de que o *quantum* indenizatório deva ser determinado atendendo à idéia de compensação por outras formas de bem-estar ou alegrias.

Para esse autor, o *quantum* indenizatório se mede sempre pelo próprio dano, em si mesmo, tomando-se em conta os parâmetros objetivos que o indiquem. Contrapor o “prazer compensatório” ao dano moral importa em confundir esses conceitos entre si, o que não pode ocorrer, de modo algum, em suas essências distintas.

Matilde Zavala de GONZALES⁴⁰ significa uma síntese, em vários aspectos, da discussão acerca do dano moral, quando resume em sua obra, as etapas já cumpridas e a que falta alcançar.

As etapas cumpridas são *a aquelas que* deve haver uma reparação e esta há de ser feita *o modo* há de ser mediante uma indenização pecuniária. O *quanto* é um aspecto deixado até o momento à prudente valoração jurisdicional, com o auxílio de algumas guias qualitativas.

Segundo essa autora, não se pode nem se deve pretender uma concepção matemática totalizadora da questão, o que, além de ser impossível, encarceraria a justiça de modo cego e inamovível. Entretanto, a fluidez e o arbítrio irrestritivos, que podem significar a liberdade para fazer justiça, podem igualmente conduzir ao naufrágio.

Uma das mais fortes tônicas do pensamento de GONZALES⁴¹ é apontar, de maneira equidistante, **a insuficiência das pautas qualitativas objetivas** (que adotam, via de regra, critérios que justapõem circunstâncias da causa, como a gravidade e a extensão do dano, a condição patrimonial das partes, a importância do bem lesionado,

39. PIZARRO, Ramon Daniel. **Valoración del daño moral** in revista *La Ley*. Tomo E, Buenos Aires, [s.l.], 1986, p. 829-834.

40. GONZALES, Matilde Zavala de. **Resarcimiento de daños. (Daños a las personas - Integridad Psicofísica)**, Vol. 2.a, 2. ed., 1. reimpressão, Buenos Aires: Hammurabi, 1991, p. 505.

41. *Idem, ibidem*, p. 513 e segs.

a existência ou magnitude do dano patrimonial etc); assim como **a insuficiência das pautas qualitativas subjetivas** (caracterizadas pelos valores de um determinado tempo ou espaço geográfico, sexo e idade da vítima, sua personalidade e toda sorte de considerações casuísticas, sua atividade profissional e possíveis frustrações etc).

Para concluir, fala-nos que a solução do impasse pode se dar pela **regulação quantitativa**, que não é apenas necessária, mas possível.

Adverte-nos, entretanto, que **a regulação quantitativa** não é sinônimo de **indenização tarifária**, conforme explica:

“El dolor material no se tarifa ni se paga (...). Pues bien, ciertamente el daño moral no es ‘tarifiable’ (...), pero sí es ‘regulable’ el *quantum* resarcitorio, a fin de encarrilar (sin coartar ni aminorar) la justa reparación del perjuicio. No se trata (...) de automatizar y mecanizar la indemnización, desentendiéndose de la prueba del daño moral de su gravedad y de la averiguación en el caso particular de la correlativa entidad adecuada de la indemnización. Lo que se procura es alcanzar un objetivo justo dentro de una seguridad mínima. Por tal razón, la regulación normativa de la indemnización del daño moral no debe ser rígida, ceñida o restrictiva, sino conductora y flexible; no imperativa sino indicativa.”

A sugestão sobre a regulamentação quantitativa dos danos morais, apresentada por Matilde Zavala de GONZALEZ⁴², atém-se a descrever o modo como deve ser feita essa regulação, mas não indica, ainda, a construção concreta desse parâmetro, cuja principal característica é, em suma, uma grande elasticidade, de modo a permitir largas amplitudes e escalas para a valoração judicial.

Jorge Mosset ITURRASPE personaliza um entendimento ímpar sobre o dano moral, por conseguir enxergar seus liames, suas implicações e suas relações de uma ótica própria, caracterizada por peculiares humanismo e sociologismo. A esse modo de pensar, que é indissociável dos valores da cultura e das questões sociológicas, tem-se chamado de **qualitativo**. Na opinião de Matilde Zavala de GONZALEZ⁴³, as idéias postas por Mosset ITURRASPE⁴⁴ revestem-se de importância gnoseológica, como se vê:

42. *Idem, ibidem*.

43. GONZALES, Matilde Zavala de. *op cit*.

44. ITURRASPE, Jorge Mosset. **Responsabilidad por daños**. T. IV, Buenos Aires: Ediar, 1985, p. 196.

“El reconocimiento del daño moral y de su reparación tiene que ver con la conciencia media de un pueblo (...) el daño moral se infiere o deduce de situaciones determinadas que, para el hombre medio - en una comunidad y sem un tiempo - son productoras o causantes de sufrimiento. (Pero la) intensidad del justo dolor del hombre medio no deben conducir a dejar de lado la indagación acerca de la repercusión subjetiva en cada persona.”

ITURRASPE⁴⁵ formulou 10 regras para quantificar o dano moral. São elas:

1) **O dano é incomensurável:** A dor, as disfunções nos estados de ânimo, os ataques à personalidade e à vida de relação, as frustrações nos projetos de vida, assim como os danos estéticos, à harmonia do corpo, à intimidade, não podem ser traduzidos em dinheiro. Deve-se compreender, portanto, a impossibilidade de fórmulas matemáticas, da pretensão de estabelecer um número. É preciso compreender que é assim e que assim deve ser, para alcançarmos e sabermos manejar o que CARBONNIER chamou de “Direito Flexível”, esclarece ITURRASPE⁴⁶.

2) **Um piso flexível:** Não devemos incorrer no ceticismo, já que é impossível a homogeneidade entre o valor que se quer reparar e o valor em dinheiro. É preciso, portanto, estabelecer pisos flexíveis, sem cair na idéia da reparação simbólica, porque nossos povos não estão preparados e amadurecidos para tanto, em sua sensibilidade. É um problema de sociologia jurídica; cada juiz saberá qual é esse piso flexível.

3) **Um teto prudente:** Que a indenização não seja tão elevada, a ponto de ser extravagante e levar a uma situação de enriquecimento injusto, que nunca se gozou; nem tão baixa, por ser irrisória. Que haja piso, que haja teto, que haja razoabilidade.

4) **Dentro do contexto econômico do país:** A indenização deve ter em conta a conjuntura econômica nacional, a situação média da população, porque o Poder Judiciário não pode funcionar de modo alheio a essa realidade.

5) **Uma prova convincente, firme e clara:** Os juízes não estão para sentenciar conforme doutrinas cabíveis a quaisquer hipóteses; mas sim, para aplicar as doutrinas que servem aos casos, para cada um, unicamente. Para que um juiz outorgue uma indenização a título de dano moral, é preciso estar convencido de que

45. ITURRASPE, Jorge Mosset. **Daño moral** (cuantía del resarcimiento por daño moral), [s.l.], p. 31 e segs.

46. *Idem, ibidem*.

esse dano moral tenha existido. Esta parece, para ITURRASPE⁴⁷, uma regra de ouro, pela sua importância e comum aceitação.

6) **Capacidade morigeradora do juiz:** ao juiz cabe balancear as cifras, fixando-as de modo que tenham razoabilidade. É preciso socializar o dano e socializar a reparação, estendendo-os de modo que atendam às expectativas da coletividade; e não, burocratizá-los. Essa consciência deve presidir o uso de tábuas de cotização.

7) **Crítérios de equidade e as circunstâncias particulares:** Esta regra há que ser considerada, ainda que possa parecer “na contramão” do “avanço” da estandardização. Não se pode fazer justiça que não contenha a base da equidade, atendendo às circunstâncias particulares de cada caso.

8) **Necessidade de consenso:** Sem prejuízo da distinção entre os múltiplos danos, que recebem a denominação de danos morais, é necessário que, entre os juízes, mediante suas corporações, logre-se obter, em cada nação, uma *communis opinio*, ou um “ponto de cristalização”, conforme chamam alguns.

9) **Segurança e predizibilidade das decisões:** integra o conceito de cidadania a prática de segurança com justiça e a prestação da justiça segura. Do mesmo modo, destaca-se na escola axiológica de nossas sociedades a predizibilidade, que consiste, percentualmente, em uma margem de probabilidades de antecipação das decisões jurídicas.

10) **Coerência das decisões - Opiniões:** Independentemente das inspirações pessoais, os magistrados, reunidos em congressos científicos, fazem critérios, formam opiniões que vão se unificando, harmonizando-se e, por fim, cristalizam-se até que se atinja o ponto de ter “dolores iguales, reparaciones iguales, de lo contrario no hay justicia”⁴⁸.

Para finalizar, diz ITURRASPE⁴⁹:

“Que bueno sería que con imaginación, con fe, con confianza, sin vagos ni absurdos esceptismos, emprendiéramos estos caminos para un derecho mejor (...). Si el sendero está más firme, si las luces lo iluminan, lo empezaremos a transitar con más fe y optimismo”.

47. *Idem, ibidem*.

48. ITURRASPE, Jorge Mosset, *op cit*, p. 47.

49. *Idem, ibidem*, p. 48.

8. DANO MORAL E MODELOS CIENTÍFICOS

O dano moral, dotado sempre de carga emocional, não pode passar tangentemente à epistemologia apontada por Paul RICOEUR⁵⁰: **a explicação está na distinção entre cognição e emoção, que, tradicionalmente, foram objetos de diferentes discursos.** Isso vale, por analogia, ao direito (cognição) falando o dano moral (emoção, sofrimento):

“A primeira questão a considerar ocupa-se do estatuto cognitivo destes dois sentidos. Dentro da tradição do positivismo lógico, a distinção entre os sentidos explícito e implícito abordava-se como a distinção entre a linguagem cognitiva e emotiva. E uma boa parte da crítica literária influenciada pela tradição positivista transpunha a distinção entre a linguagem cognitiva e emotiva para o vocábulo de denotação e conotação. Para semelhante posição, apenas a denotação é cognitiva e, como tal, é de ordem semântica. Uma conotação é extra-semântica, porque consiste no entrelaçamento de evocações emotivas, que carecem de valor cognitivo.”

Então, **além do problema epistemológico que o direito enfrenta ao dizer o dano moral** - que se refere ao modelo objetivo de cientificidade - **aventa-se outra dificuldade, agora de ordem ôntica: a da distinção entre os estatutos lingüísticos dos sentidos da cognição e da emoção.**

Para confirmar a nossa tese em relação ao modelo científico da linguagem jurídica, como sendo de um racionalismo baconiano-cartesiano que prioriza as quantificações, MARÍAS⁵¹, em sua análise da fala de John LOCKE⁵² sobre a felicidade humana:

50. RICOEUR, Paul. **A teoria da metáfora**, in *Teoria da interpretação* (O discurso e o excesso de significação), Rio de Janeiro: Edições 70, 1976, p. 58.

51. MARÍAS, Julián. *op cit*, p. 161-2.

52. LOCKE, Jonh (1632-1704). *An essay concerning human understanding* (s.l.), onde diz: “What it is moves desire? Happiness, and that alone (...). ‘Happiness’ and ‘misery’ are the names of two extremes (...). Happiness, in its full extent, is the utmost pleasure we are capable of, and misery the utmost pain (...) and the lowest degree of what can be called ‘happiness’ is so much ease from all pain, and so much present pleasure, as without which anyone can be content”. Máximos e mínimos: de novo o quantitativo. E, é claro, a identificação de felicidade e desgraça com prazer e dor. (N.A).

“O interessante é o elemento de quantificação. Já vimos aparecer a utilidade. Deve-se reconhecer em Bacon uma atitude favorável ao ativo, o desejo, o gozo, não a mera paz de espírito; porém quando se chega ao individual, torna-se inquietante e perigoso. Creio que aqui está a raiz de uma atitude que terá depois uma difusão extraordinária; não se trata ainda de utilitarismo, mas grande parte das convicções dominantes no século passado e no nosso são a colheita destas idéias de Francis Bacon.

Estas são as passagens decisivas, reduzidas a sua mínima expressão. **A mentalidade quantitativa domina inteiramente:** máximos e mínimos, graus que se podem compensar; um alto grau de prazer pode compensar um grau inferior de dor; ao contrário, um alto grau de dor não seria compensado por um grau modesto de prazer. E esta quantificação no pensamento inglês é dupla, tem dois sentidos: quanto ao prazer e a dor, que se medem; e por outra parte, quanto ao número das pessoas afetadas. Há uma clara ressonância da idéia de Bacon do amor difundido, generalizado, o amor a muitos ou a todos, que é a que tem valor, enquanto o amor restrito, concentrado sobre uma só pessoa singular, é perigoso e inquietante.

A consequência desta atitude é o utilitarismo, a identificação do bom com o útil. Ora, o útil é útil para algo, tem um caráter instrumental, como um meio.” (Negrito nosso).

Ora, o que temos visto nos métodos para avaliação do dano moral, pelo direito pátrio e comparado, reflete exatamente essa mentalidade: “quando entram em competição, também os graus de prazer e dor têm justamente preferência”⁵³.

Daí se conclui que **a avaliação a que o direito tem procedido acerca do dano moral é a sua medição, a sopesação dos graus de felicidade e sofrimento.**

Por conseguinte, um dos problemas constatado na análise do direito moral comparado é que os juristas, muitas vezes, procuram quantificar as avaliações qualitativas numa espécie de transmutação ontológica, sob pena de serem inócuas e despidiendas. Isto decorre do modelo científico de nosso tempo, presente na mentalidade jurídica, que nem sempre comporta a qualitativo-conceitual.

53. BACON, Francis, *apud* MARÍAS, Julián, *op cit*, p. 162.

9. CONCLUSÕES

Conforme vimos, o Direito Continental admite que seja feita a avaliação do dano moral por diversas maneiras: formas quantitativas e qualitativas, arbitramento, etc.

A matéria “dano moral” está em aberto no ordenamento jurídico pátrio, tendo como mais recentes disposições legais os artigos do Código Civil projetado em 1998, que assim rege a matéria:

“Art. 185 — Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ilícito.

Art. 943 — A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único — Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, o juiz poderá reduzir, equitativamente, a indenização.”

Da análise dos artigos de lei sobreditos, podemos inferir que os contornos da matéria tornam-se, pouco a pouco, mais nítidos, de modo a tornar explícitos os **critérios** que devem presidir a avaliação dos danos morais.

Assim, o art. 943 é informado por um critério de **equivalência** entre a indenização e a extensão do dano. Cabe observar que a **extensão** pressupõe uma **descrição** eficaz do dano, vale dizer, que se valha do emprego de uma linguagem suficientemente capaz de efetivamente dar conta de palmilhar a realidade à qual se refere.

Pode-se considerar, também, que o vocábulo “extensão” é de índole quantitativo-espacial, no sentido de sugerir a idéia mesmo de alcance em “domínios”, em “planos”. Não fosse assim, o legislador poderia ter empregado vocábulos como, por exemplo, “intensidade” ou “significação”, em vez de “extensão”.

No parágrafo único do artigo 943 observa-se o critério de **proporcionalidade** entre os elementos gravidade da culpa / dano / indenização, de modo a **equilibrar** as circunstâncias do fato, a fim de **dimensionar** o correspondente direito, com base em princípios de razoabilidade⁵⁴.

54. Cf. conclusão do Encontro dos Tribunais de Alçada, realizado em São Paulo, em agosto de 1997, *apud* Clayton Reis, *op cit*.

Certo é, todavia, que o legislador estabelece apenas **princípios e critérios**, deixando em aberto as **formas** de liquidação do dano moral. Seja qual for a metodologia adotada, estas devem adequar-se aos princípios e critérios fixados em lei.

Pacífico é também, entre os doutrinadores, o entendimento de que a avaliação do dano moral será sempre **casuística**, pois cada circunstância merece ser tratada em sua peculiaridade. Os princípios e critérios, por sua vez, cumprem o papel **generalista** na avaliação do dano moral.

Esse sistema, que comporta cláusulas gerais e cláusulas móveis, de modo possivelmente análogo ao desenvolvido por CANARIS⁵⁵, é uma tendência expressiva na pós-contemporaneidade jurídica, por permitir operações flexíveis e, ao mesmo tempo, garantir uma segurança jurídica renovada em seus pressupostos.

Vemos assim, em conclusão, a permanência da mentalidade quantitativa na aferição do dano moral, em que a avaliação qualitativa tem servido para colaborar com a quantificação.

Observamos ainda, como tendência atual no Direito Comparado, a tendência analítica, que visa ao desmembramento do dano extrapatrimonial em diversas sub-espécies.

Neste contexto, o Direito brasileiro apresenta-se com uma profícua seara para a continuidade das pesquisas sobre o dano moral, na medida em que se constitui como um dos sistemas que opera com um espectro onde reside a maior gama de possibilidades acerca do dano moral.

55. CANARIS, Calus-Wilhem. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANCEL, Marc. **Utilidade e métodos do direito comparado** (trad. de Sérgio José Porto), Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1980.
- BOBBIO, Norberto. **Studi sulla teoria generale dei diritto**. Torino: Giappichelli, 1955.
- _____. **Teoria do ordenamento jurídico** (apres. Tércio Sampaio de Ferraz Junior; trad. M. Celeste C. L. Santos). 6ª ed., Brasília: Ed. UNB, 1995.
- BONVICINI, Eugenio. **Il danno a persona** (il danno risarcibile e il suo accertamento - prevácio de Guido GENTILE), Milão: Giuffré, 1958.
- BREBBIA, Roberto H. **El daño moral**, 2. ed., Cordoba: Orbir, 1967.
- BUERES, Alberto J. **Responsabilidad civil de los medicos**, Tomos I e II., Buenos Aires: Hammurabi, 1995.
- _____. **Responsabilidad civil del escribano**. Buenos Aires: Hammurabi, 1979.
- CANARIS, Calus-Wilhem. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- DEMOGUE, René. **Traité des obligations en général**, Paris, [s.l.], 1994.
- FUEYO, Fernando Laneri. **Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones**, Tomo II, (El incumplimiento de las obligaciones) nº 266, Santiago do Chile: Universitária, 1958.
- GENTILE, Guido. **Problemi insoluti della valutazione del danno alla persona**. Milão: Estratto-Giuffré, 1952 e **Tabelle di capitalizzazione per la liquidazione del danno alla persona**. Millão: Giuffrè, 1950.
- GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações** (cap. I, Sentido das Transformações), 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.
- GONZALES, Matilde Zavala de. **Resarcimiento de daños. (Daños a las personas - Integridad sicofísica)**, Vol. 2.a, 2. ed., 1. reimpressão, Buenos Aires: Hammurabi, 1991.
- HART, H.L.A. **O conceito de direito** (trad. A. Ribeiro Mendes). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1990.
- HART, Leslie Tomasello. **El daño moral en la responsabilidad contractual**. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1969.
- ITURRASPE, Jorge Mosset. **Daño moral** (cuantia del resarcimiento por daño moral), [s.l.].

- _____. **Responsabilidad por daños**. T. IV, Buenos Aires: Ediar, 1985.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito** (trad. José Lamego). 2ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- _____. **Storia del metodo nella scienza giuridica**. Milano: Giuffré, 1966.
- LOCKE, Jonh. *An essay concerning human understanding*, [s.l.].
- LUCENA, Delfim Maya de. **Danos não patrimoniais**. Coimbra: Almedina, 1985, p. 17.
- MONTENEGRO, Antonio Lindberg C. **Ressarcimento de danos pessoais e materiais**, 4. ed., Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 1992.
- MÜLLER, Friedrich. **Discours de la méthode juridique**. Paris: Leviathan/PUF, 1996.
- PIZARRO, Ramon Daniel. **Valoración del daño moral** in revista *La Ley*. Tomo E, Buenos Aires, [s.l.], 1986.
- POGLIANI, Mario *et al.* **Il danno biologico, patrimoniale, morale**, 2. ed., Milão: Giuffrè, 1995.
- REIS, Clayton. **Avaliação do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- _____. **Dano moral**. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- RICOEUR, Paul. **A teoria da metáfora**, in *Teoria da interpretação* (O discurso e o excesso de significação), Rio de Janeiro: Edições 70, 1976.
- ROVELLI, Roberto. **Risarcimento del danno alla persona**. Torino: [s.l.], 1963.
- RUBIO, Gabriel Alejandro. **Una asignatura pendiente: la cuantía del daño moral** in X Congresso Nacional de Jovenes Abogados, pela Comision Nacional de Jovenes Abogados. Mar del Plata, 20 e 21 de outubro de 1995.
- SERRA, Adriano Vaz. **Reparação do dano não patrimonial**, in BMJ nº 83, Lisboa, fevereiro de 1959, p. 69 e segs.
- TELLES, Inocência Galvão. **Direito das obrigações**, 2. ed., [s.l.].
- TERCIER, Pierre. **Contribution a l'étude du tort moral et de sa réparation en droit civil suisse (le damage et le tort moral)**. Friburgo: Éditions Universitaires Fribourg Suisse, 1971.
- VITALI, Vittore. **Del danno** (della region civile al resarcimento-dei criterii e modi per la liquidazione), 2. ed., Piacenza: Editrice Giacomo Favari, 1892.